

# 市民法・社会法の視点と刑事訴訟法

久岡康成

- 一 はじめに
- 二 市民法の観点からみた刑事訴訟法
- 三 刑事訴訟法における社会法の観点からの論議
- 四 結びにかえて

## 一 はじめに

近代以降の法の理解にとって、基本的な視点として、市民法・社会法の視点が有益であることは一般に承認されている<sup>1)</sup>。したがって、この視点は、刑事訴訟法の分野においても有効であることも、つとに指摘されているところである<sup>2)</sup>。

しかしながら、刑事訴訟法の分野では、戦後に憲法に次いで新たに現行刑事訴訟法が制定されるという目に見える大きな変革があったからか、従来の議論は、ともすれば大陸法の原理から英米法の原理への転換、職権主義から当事者主義への転換という視点で行われ<sup>3)</sup>、一般的な市民法・社会法の視点に立ち返っての議論はさほど展開されなかったといえるのでなかろうか。

今日、戦後新憲法下で行われた司法制度改革に比するような位置づけで、司法制度の改革が語られ、かつそれが実施の段階に入ったといわれている<sup>4)</sup>。司法制度の一翼を占める刑事訴訟法につき、もう一度一般的な市民法・社会法の視点から考察し、その理解を豊富化し、課題の析出につとめることが必要ではなかろうか。以下このような見地のもとに、まず、市民法・社会法の視点からみた刑事訴訟についての従来の議論を整理してみたい。

- 1) 乾昭三「市民法と社会法」法学セミナー89号2頁（1963年）。また参照、乾昭三「近代市民社会における法の構造」黒木三郎編『現代法社会学』122頁以下（青林書院，1989年）、同「社会構造の変化と市民生活の法構造」乾昭三他編現代日本の国家と法94頁以下（有斐閣，1996年）。
- 2) 乾・前掲論文「市民法と社会法」は、「厳正な手続きを保障する訴訟法などは、いずれも市民法である」（5頁）と指摘する。
- 3) 例えば参照、小野清一郎『新刑事訴訟法概論改訂版』24頁以下（法文社，1951年，初版は1948年）。なお、ここでは、新刑事訴訟法の意義は、基本的人権の尊重、個人的自由の保障を厚くすることにあるとされている。また、新憲法における刑事司法に関する規定については、それが「新刑事訴訟法における原則的意義を有する」ことが強調されている。
- 4) 例えば、日本弁護士連合会の『自由と正義』2003年6月号は「司法改革・折り返し点に立って」と題する特集を行っているが、その巻頭の四宮啓「本特集にあたって」は、その冒頭において、「戦後新憲法下で行われた司法改革以来、実に半世紀ぶりに行われる広範かつ抜本的な改革である今次司法改革は、……2002年3月の司法制度改革推進計画の閣議決定によって実施段階に入った。」と述べている（14頁）。

## 二 市民法の観点からみた刑事訴訟法

(一) 市民法・社会法の視点のもとに、まず市民法の観点から刑事訴訟法をみるならば、刑事訴訟法が市民法の性格を持つ所以や意義はどのようなものであり、それはどのような刑事訴訟法上の原則、制度として現れているのであろうか。

(1) 一般に刑事訴訟法が市民法の性格を持つことは、既に現行刑事訴訟法の制定時に行われた、刑事訴訟法における人間像についての議論のなかで確認されている。

まず、佐伯博士の論文「新刑事訴訟法の間人観」（昭和24年）は、刑事訴訟法における人間像を、次のように論じられる。

「刑事訴訟法に現れる人間は被告人、裁判官、検察官、弁護士、証人等々としていづれも自由の主体として考えられており、主観主義刑法学の想定するような因果必然的に規定せられて全く自由を有しない人間とは合致しない」のである。「それは、結局、刑事訴訟法の間人観が、法一般、とくにその理想型としての近代市民法—具体的には民法や商法—の予定す

る法的主体像の一変種に過ぎぬことを意味する」のであり、それが「近代法における自由平等なる法的主体という人間像」である<sup>1)</sup>。

また、平野博士の論文「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」(昭和24年)は、新刑事訴訟法の制定により、訴訟は一躍英米法化し、当事者主義化したと解したうえで、その当事者訴訟の刑法に及ぼす影響を考察する前提として、旧派の刑法理論は当事者主義と結びつき、新派の理論は職権主義と結びつくとされたうえで、「当事者主義の訴訟構造は、一九世紀的な独立自存の個人を前提としている。」と指摘し<sup>2)</sup>、さらにこのような人間像に基づき、この当事者主義の訴訟法に対応すべき刑法について論じている。

このように、戦後直後の論議のなかで、既に刑事訴訟法の間像が、自由平等なる法的主体、独立自尊の個人であることが確認されている。そうして、このような人間像は、「抽象的には自由であり、形式的には平等であり、観念的には独立した個人として把握される」<sup>3)</sup> 市民法における法の主体そのものであるから、それを前提にする刑事訴訟法は、もちろん当然に市民法としての性格をもつものである。

(2) 近代以降の刑事訴訟法が市民法の性格を持つことや、刑事訴訟法における人間像が近代法における自由平等な法的主体という人間像であることは、次のように、刑事訴訟法上の諸制度、原則として現れてくる。

第一は、被告人が、裁判所、検察官と並ぶ訴訟主体として、理念的には検察官と対峙する訴訟当事者として構成されることになる。対等平等の訴訟当事者という訴訟法の間像としての被告人の構成である。そうして被告人は、訴訟当事者として活動するために、法律により様々な権利、防御権を認められ、防御権の主体として検察官と対抗しつつ事由にその権利を行使し、自己の利益を守りうるものとされる。したがって近代以降の刑事訴訟法においては、対等平等の訴訟当事者という訴訟法の間像を、ことに検察官との関係で追求するための制度として、弁護人制度が一般に見出されることになる。

第二は、刑事訴訟法における人間像が近代法における自由平等な法的主

体であるということは、黙秘権を保障され、無罪の推定のもとにあるという、「アドバーサリイ・システム（Adversary System）」の刑事手続を指向するということである。以下、この刑事訴訟法における人間像が近代法における自由平等な法的主体という人間像であることと、黙秘権の保障と無罪の推定を内容とするアドバーサリイ・システム（Adversary System）との関連について考察する。

（3） まず、英米法系の視点から見ると、独仏などのヨーロッパ大陸法系の刑事手続は、「インクィジトリアル・システム」（Inquisitorial System）であるのに対し、英米法系の刑事手続は「アドバーサリイ・システム」（Adversary System）の刑事手続であるとされる。そうして、英米法系の刑事手続たる「アドバーサリイ・システム」（Adversary System）においては、当事者が訴訟の主導権をもち裁判所は判定者に徹するとともに、真実探求のために、被告人の協力が求められないだけでなく、期待もされていないのである<sup>4)</sup>。即ち、被告人は黙秘権を保障され、無罪の推定のもとにあるとされるのである<sup>5)</sup>。

（4） この、訴追者が、被告人の協力を要求することなしに獲得された証拠によって、被告人の有罪を確信させるにたりる十分な証拠を提出しなければならないという、黙秘権の保障と無罪の推定の根拠については、通常は、無実の者の処罰が許されない刑事制裁の厳しさ、個人の人権を侵害しがちな刑事司法メカニズムへの危惧、証拠の収集・保全における国の圧倒的な優位等の刑事訴訟の特色が指摘されるが<sup>6)</sup>、より根本的な根拠としては、それが刑事訴訟法における人間像、市民法としての刑事訴訟法に内在するという、市民法的な根拠を持つことが看過されてはならない。

黙秘権と無罪の推定についての市民法的な根拠は、既に、高柳信一教授の近代国家における基本的人権を論じた論文の中で、自然権を基礎原理とする国家における権力発動に際しては、手続的正義の原則の確立が必然的に要請されるという議論として既に指摘されているところである。すなわち、同教授は、ホブスのリヴァイアサンの国家を論じて、次のように述

べられる<sup>7)</sup>。

「もっとも注目すべきことは、自然権を基礎原理とする国家における権力発動に際しては、手続的正義の原則の確立が必然的に要請されることである。自己保存の原理は、人に自己を防衛しないよう命ずることを不可能にする( L 95頁)。したがって、人は処罰にたいして抵抗しないように義務づけられることはない。何人も自分を処罰に追いやろう告訴することを義務づけられることはないのである。また、自白するように強いられることも禁じられる( L 145頁)。さらに無罪の推定( L 158頁)のうえに立った・身分にかかわらざる公平な裁判が要請され( L 105, 226頁)、事後法による処罰の禁止( L 194, 206頁)、罪刑法定主義( L 192, 193頁)などの諸原理が本質内在的に基礎づけられる。絶対無制約の主権の形成に当って、言論・出版の自由、集会・結社の自由などの実体法上の基本権は当然成立の余地はなかったが、それよりも早く、刑事手続における基本権(刑事基本権、手続的正義)が保障されるべきことが理論づけられていたことは特徴的である。」

このような指摘は、リヴァイアサン国家の人間像についての指摘であるが、自由平等な法的主体という市民法における人間像は、自然権をもつ人間像として共通するものであるから、高柳教授の前示の指摘は、市民法における自由平等な法的主体という人間像に対する刑事手続、市民法としての刑事訴訟法においても同様に妥当するものと考えられる。処罰にたいして抵抗しないように義務づけられることはなく、自分を処罰に追いやろう告訴することを義務づけられることはなく、自白するように強いられることも禁じられということは、黙秘権の保障を意味するものであり、無罪の推定などとともこれが保障される刑事手続は、まさに前述の英米法系の刑事手続の特色たる「アドバーサリー・システム」(Adversary System)である。黙秘権の保障と無罪の推定を内容に含む、前述の英米法系の刑事手続の特色たる「アドバーサリー・システム」(Adversary Sys-

tem) が、市民法としての刑事訴訟法に内在する根本的な性格、価値であることが示されている。

(二) それでは、市民法としての刑事訴訟法の性格、その具体化としての諸原則や諸制度は、わが国の現行刑事訴訟法においてどのように把握されるべきであろうか。

(1) 現行刑事訴訟法の基本的性格として、まず指摘されたのは、「人権尊重・当事者主義強化」である<sup>8)</sup>。そうしてこれを具体化する諸制度として被疑者の弁護人制度の保障、身体を拘束されている被疑者と弁護人などとの間の秘密交通権の保障、権利保釈の保障、交互尋問制度の採用などが挙げられている。また、黙秘権の保障と被告人質問制度の採用、被告人の証人審問権・証人尋問権の保障なども挙げられるところである。

(2) 問題は、現行刑訴法の基本的性格として論じられる、「当事者主義強化」における「当事者主義」の意味である。当事者主義については、戦後早くの議論においては、まず、被疑者・被告人の人権の尊重を定着させる過程で、実定法上の根拠（起訴状一般主義についての256条6項など）を援用できる当事者追行主義としての当事者主義が確認されたうえで、当事者主義が、被告人さらには被疑者が検察官と対等の当事者として振る舞えるように防御権を尊重すべきであるという主張の根拠として援用されてきた。そして、今日では、多くの論者により、当事者主義の概念は、当事者追行主義と適正手続の尊重という二つの意味において従来用いられてきたとしたうえで、被告人・被疑者の権利保障いいかえれば適正手続を内容とする当事者主義観念を「真の当事者主義」観念と提唱する見解<sup>9)</sup>が支持されているが、他方では、人権保障の強化は当事者主義の前提をなすが、当事者主義そのものとは区別されるべきであり、当事者主義の中核は、当事者追行主義にありとする見解も有力である<sup>10)</sup>。

(3) しかしながら、現行刑事訴訟法の制定は、根本的には、「世界史的にはすでに社会法も末期の段階に達している時になって、封建的遺制の処

理から始めなければならなかった今次のわが国の変革<sup>11)</sup>の中で行われたものであり、「新刑事訴訟法は、社会的近代化の任務をになって、新しく大はばに英米法を導入したのである。」<sup>12)</sup>と解されるものである。このような、制定の意義に照らすとき、現行刑事訴訟法は、前示の一般的な刑事訴訟法の市民法的性格、すなわち近代法における自由平等な法的主体という人間像に対する刑事手続として、黙秘権を保障され、無罪の推定のもとにある人に対する刑事手続という性格を具備しなければならないのである。この現行刑事訴訟法が備えるべき市民法的性格は、他方で現行刑訴法の性格とされる当事者主義が、英米法の取り入れという刑事訴訟法の特色に照らすとき、被告人の協力が求められないだけでなく期待もされていない、黙秘権の保障と無罪の推定を包含する英米法で広く「アドバーサリー・システム」(Adversary System)といわれるものを内容とするものと解されることと一致する。

したがって、現行刑事訴訟法は、前示の刑事訴訟法の市民法的性格という検討によって、市民法における自由平等な法的主体という人間像に対する刑事手続として、黙秘権を保障され、無罪の推定のもとにある人に対する刑事手続という性格を内包しなければならないものとなるので、英米法の取り入れのなかでの「現行刑訴法の性格としての当事者主義」は、被告人の協力が求められないだけでなく期待もされていない、黙秘権を保障され、無罪の推定のもとにある人に対し、あえて罪を犯したと告発し、その審判のために事由と権利を制限し、有罪と認定するために要求される刑事手続、英米法で広く「アドバーサリー・システム」(Adversary System)と呼ばれるものにならなければならないのである。「現行刑訴法の性格としての当事者主義」としては、訴訟構造的な当事者追行主義に止まるものでもなく、他方、被告人・被疑者の権利保障、適正手続を内容とする当事者主義観念一般とまではいかないものと思われる。

1) 佐伯千仞「新刑事訴訟法の間人観」(昭和24年12月)同『刑事裁判と人権』120頁(法律文化社、1957年)

- 2) 平野龍一「当事者訴訟の刑事訴訟法に及ぼす影響」法律時報21巻11号7頁（1949年）
- 3) 乾・前掲論文「市民法と社会法」4頁。
- 4) Philip L. Reichel, Comparative Criminal Justice System; a Topical Approach, p. 152. (Prentice Hall Career & Technology, 1994.)
- 5) Satnam Choong; Police Investigative Powers; The Handbook of The Criminal Justice Process, edited by Mike Mcconville and Geoffery wilson p. 44. (Oxford university press, 2002.)

アドバーサリー・システム（Adversary System）の意義は、必ずしも一義的ではないが、今日の英国では、このアドバーサリー・システム（Adversary System）のルールが、無罪の推定（合理的な疑いを越えた証明の必要）や尋問に対する黙秘権を導くことは一般に承認されていると思われる。なお、無罪の推定については、井戸田侃「無罪推定の法理」『近代刑事法の理念と現実』323頁以下（立花書房，1991年），中山研一「ソ連における無罪推定の原則（1）（2）」大阪市立大学法学雑誌33巻1号1頁以下，33巻2号1頁以下（1986年）など参照。

- 6) Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel and Nancy J. King, Criminal Procedure Third Edition (Hornbook Series), p. 33. (West Group, 2000) もっともこの根拠は、黙秘権の保障や無罪の推定を、当事者訴訟（adversarial adjudication）とは別の弾劾手続（accusatorial procedure）の問題としたうえで、弾劾手続（accusatorial procedure）の根拠として指摘されている部分である。

同書によれば、当事者訴訟（adversarial adjudication）が、訴訟における事実及び法に関わる争点の提起と決定を分割し、それらの争点の提起は当事者の責任であって裁判所にはないとする刑事司法システムであるのに対して、弾劾手続（accusatorial procedure）は、被告人に罪があることを明らかにする責任を国（government）に負わせる刑事司法システムである。そして、弾劾手続（accusatorial procedure）では、訴追者が、被告人の援助を強制することなしに獲得された証拠によって、被告人の有罪を確信させるとするにたるる充分な証拠を提出しなければならないとされている。ただし、実際には、特にイギリスでは、当事者訴訟（adversarial adjudication）と弾劾手続（accusatorial procedure）の両者を併せて、いわば一体のものとしアドバーサリー・システム（Adversary System）として論じられることが多いと考えられる。Michael Zander, cases and Materials on the English Legal System (seventh edition), butterworths 1966, p. 283 は、adversary or accusatorial な common-law method を、独仏などのヨーロッパ大陸諸国の inquisitorial method と対比して論じている。したがって、本稿では、当面、英米法系の刑事手続の特色としては、この両者を含めて広く「当事者主義（adversarial system）」と呼ぶことが許されるとしておく。

- 7) 高柳信一「近代国家における基本的人権」東京大学社会科学研究所編，基本的人権（東京大学出版会，1968年）45頁。なお引用文中の「L 頁」は、水田洋・田中浩『リヴァイアサン』（『世界の大思想』[河出書房]1966年）の頁数を示すものである。
- 8) 参照，久岡「現行刑事訴訟法の性格論」立命館法学183・184号，944頁以下（1986年）。
- 9) 松尾浩也『刑事訴訟の原理』357頁（東京大学出版会，1974年）。

- 10) 田口守一『刑事訴訟法第3版』23頁(弘文堂, 2001年)。
- 11) 佐伯・前掲論文127・128頁。なお、このように現行刑事訴訟法の制定をこのような変革の中で考えることは、現行刑事訴訟法の制定を、単に憲法制定に結びつけるに止まらず、憲法の制定以前のポツダム宣言の受諾にさかのぼって考察する必要を示すものである。なお、この点に関わって、United Nations, Yearbook on Human Rights for 1946 は、1946年12月31日に効力を有する日本の人権規定として、憲法、ポツダム宣言、1945年10月4日の連合国最高司令官指令を収録している。また、牧野英一『新憲法と法律の社会化』1頁(日本評論社, 昭和23年8月20日)は、「わが新憲法に就いていうときは、それはまさしくポツダム宣言に基づいてできたものであるが」と述べている。
- 12) 団藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻9号10頁(1948年)。

### 三 刑事訴訟法における社会法の観点からの論議

(一) 社会法の観点からの刑事訴訟法の論議は、現行刑事訴訟法の市民法的な性格の強調の故もあってか、従来必ずしも多く行われてきたわけではない<sup>1)</sup>。

(1) まず、社会法的観点からの議論の先駆的なものとして、武器平等の原則<sup>2)</sup>、当事者対等原則<sup>3)</sup>、当事者対等主義<sup>4)</sup>などの、検察官と被告人・被疑者との間に力関係に優劣があると言う現実を基礎において、両当事者間の実質的対等を実現することを強調する議論がある。

このような見解は、両当事者間の力関係に優劣があると言う現実に着目し、経済的能力に限度があることを考慮し、真の意味での実質的平等をはかるべき積極的な内容を追求する点などにおいて、実質的には、社会法的発想に連なるものである。もっとも、このような実質的平等の追求自体は、国(訴追者)と個人(被告人)との関係における平等の追求、訴訟構造の確保という見地からのもので、「社会における人間」という社会法的な人間像<sup>5)</sup>にまでは至っていない<sup>6)</sup>、基本的には刑事訴訟法の市民法的性格のなかでの議論といわざるを得ないと思われる<sup>6)</sup>。

(2) 昭和51年に刑事訴訟法の一部改正が行われ(刑訴法188条の2ないし同条7)、無罪判決確定事件における裁判費用補償制度が新設された。

この制度は、無罪となった被告人に対する弁護士報酬・費用の補償をする制度として新設されたものであるが、その際にイギリスではこの種の制度が法律扶助制度の一環として捉えられていることが紹介され、論議された<sup>7)</sup>。被告人の資力を考慮する法律扶助の発想を刑事訴訟法に導入する点において、これも社会法的観点からの議論の萌芽といえよう。しかし、同制度自体は、最終的な立法の根拠を費用補償という観点において制度化され<sup>8)</sup>、資力のない被告人の弁護士依頼権を実質的に保障し、刑事裁判の適正な運用をはかり、無罪の推定を受けている被告人の権利を確保するという、社会法的観点に連なる法律扶助の発想は十分に展開されるには至っていない。

(二) 周知のようにアメリカ合衆国では、1953年から1969年までのウォーレン・コート時代において、合衆国憲法修正4条の不合理な搜索押収を受けない権利、同修正五条の自己負担拒否特権、同修正六条の弁護士依頼権などの人権を修正14条の保障するデュー・プロセスにより各州法に組み入れ保障していくという手法により、刑事手続き上の人権の保護が飛躍的に発展し、デュー・プロセス革命と呼ばれるような状況が出現した<sup>9)</sup>。

このデュー・プロセス革命を可能にした要因としては多くのものが指摘されているが、その一つが、当時のアメリカ合衆国における適正手続の継続的な保障では、社会の周辺に位置する者や、経済的、社会的、政治的なマジョリティに属しない者には<sup>10)</sup>、刑事訴訟におけるフェア・トライアルの保障においても、不十分なものしか与え得なかったという理解のもとに、これを克服するためには「機会の平等 (Equality of opportunity)」のみならず、「条件の平等 (Equality of condition)」を保障することが必要と考える考え方である<sup>11)</sup>。この、フェア・トライアルの保障において、「条件の平等 (Equality of condition)」を重視する考え方では、社会法という言葉は用いられていないが、社会の周辺に位置する者や、経済的、社会的、政治的なマジョリティに属しない者という、社会的な人間像に着目して、

「機会の平等 (Equality of opportunity)」のみならず、「条件の平等 (Equality of condition)」を論ずるという点において、市民法・社会法の視点にいう社会法の観点に通じるものがあるといえることができる。

(三) 以上のように、これまでわが国においては、社会法の観点からみた刑事訴訟法については多く行われてきたわけではないが、これに通ずる幾つかの注目すべき先駆的な議論があった。また、社会法の発想自体は、アメリカ合衆国におけるデュー・プロセス革命期の「条件の平等 (Equality of condition)」を重視する議論と通じるものである。社会法の観点からの論議であれ、「条件の平等 (Equality of condition)」の観点からの論議であれ、社会の周辺に位置する人達や、経済的、社会的、政治的なマジョリティに属しない人達を含めての、それぞれの人権・権利の実質的保障のための議論が、今後いっそう求められることは否定できないといえることができる。

- 1) 佐伯・前掲論文126頁は、すでに市民法的人間像と社会法的人間像を対比の視点を呈示した後、同128頁において、刑事法において社会法思想とされた、刑法における新派の思想からの刑事訴訟法の構造についての主張（いわゆる新糾問主義）を検討し、今度の刑事訴訟法は未だかかる方向への動きを見せてはいないとしている。社会法思想からの刑事訴訟法の構造を議論する必要と、そこでの人権尊重の方向を示唆されるものといえよう。
- 2) 平場安治『新刑事訴訟法』19頁以下（法律文化社・1949年）
- 3) 井戸田侃『刑事訴訟法要説』35頁（有斐閣・1993年）。同教授は、当事者対等原則からくる制度として弁護人制度、検察官が公益の代表者として被告人の利益にも行動すべきこと、職権証拠調べ（刑訴法298条2項）における裁判所の後見的役割の發揮などを論じられる。
- 4) 田宮裕『刑事訴訟法新版』238頁（有斐閣・1996年）
- 5) 乾・前掲論文「市民法と社会法」6頁。
- 6) 当事者対等原則の主張では、社会的な人間の理解は、被告人対検察官という、訴訟構造の確保の枠内で論じられ、また、19世紀的な社会から20世紀的な社会への展開などの社会的変化との関連の言及が少ない点などにおいて、社会法的観点からは、なおその先駆的な議論ということになると思われる。例えば、平場・前掲書では、当事者の実質的不平等を指摘して、「当事者訴訟は当事者間の武器平等を要求する」とし、この点から弁護人制度に注目した上で、費用の点で制約があることを指摘し、「したがって、富裕な被告人は有能な弁護人をして十分に活躍せしめうるに對し、貧困者はたとえ国選弁護人を附しても

らう憲法上の保障があっても費用の点で十分な活躍を期待できないであろう。」と論じられている。但し、その帰結は、当事者訴訟に対する職権主義による補充である。

- 7) 大谷実「刑事訴訟法の一部を改正する法律について」ジュリスト610号64頁以下（1976年）は、無罪確定事件における裁判費用補償制度の新設に際し、イギリスではこの制度が法律扶助制度の一環として捉えられていることを紹介し、さらに、根拠としてでなく必要性としてであるが、費用補償制度の必要性の一つの根拠として、「費用補償制度は、さしあたり、無罪となった被告人に対する弁護士報酬・費用の補償によって、刑事裁判の適正な運用をはかり、無罪の推定を受けている被告人の権利を確保するために必要な制度だと考える。」と指摘している。
- 8) 参照、山本和昭「無罪の確定裁判を受けた者に対し費用を補償する制度の新設について」ジュリスト602号73頁（1975年）。
- 9) 刑事手続の領域で、まず被告人の権利の保護のいっそうの発展の口火となしたのは、不合理な捜索・押収をされない権利であった。連邦最高裁は、マップ判決（Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)）で、権利章典の条文の権利ごとに判断して修正14条に組込んでいく、いわゆる「選択的組み込み論（Selective Incorporation）」にたつことを明らかにしたうえで、修正四条の不合理な捜索押収を受けない権利は州に適用されるとし、連邦法域における違法収集証拠排除法則を州に拡げ、違法収集証拠排除法則を確立した。そうしてさらに連邦最高裁はこれに引き続いて、ミランダ判決（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)）等により、権利の章典（合衆国憲法修正）が保障する諸権利が、修正14条のデュー・プロセスに組み込まれ、その結果として州にも適用されることを明らかにしてきた。なお、ミランダ判決は、自白法則と拘禁された被疑者の尋問の際に読み上げられるべきミランダ警告と、それが無いときの自白の証拠能力を否定するミランダ・ルールを確立した。なお参照、久岡「刑事訴訟における適正手続きとフェア・トライアル」立命館法学231・232号1126頁以下（1994年）。
- 10) David J. Bodenhamer; Fair Trial (Oxford university press, 1992), p. 66.
- 11) op. cit. David J. Bodenhamer, p. 111.

## 四 結びにかえて

(一) 以上の、市民法・社会法の視点からの刑事訴訟についての従来の議論の整理から、ここで一応の結論として、以下のような諸点を指摘することができる。

第一は、市民法・社会法の視点からするとき、刑事訴訟法における人間像は市民法の観点、すなわち近代法における自由平等な法的主体という人間像であることから出発することとなり、黙秘権、無罪の推定などの人

権は、このような人間像，したがって市民法としての刑事訴訟法に固有なものとして，最も基本的な人権，刑事訴訟法の原理となることである。

第二は，このような黙秘権を保障し，無罪の推定を基本とする刑事手続は，被告人の協力が求められないだけでなく期待もされていない，英米法にいう「アドバーサリー・システム」(Adversary System)の刑事手続であり，現行刑事訴訟法が特色として獲得すべきであった，英米法的な「当事者主義」とは，これを意味すると解されるべきである。現行刑事訴訟法の特色としての当事者主義を語るならば，その当事者主義は，英米法にいう「アドバーサリー・システム」(Adversary System)としての当事者主義を内容とするものとなると考えられる<sup>1)</sup>。

第三は，市民法・社会法の視点からするとき，社会法の観点からの刑事訴訟法における論議は，従来必ずしも多くはなかったのであるが，先駆的な議論も行われており，今後は，「機会の平等(Equality of opportunity)」にあきたらず「条件の平等(Equality of condition)」を追求する考え方として，刑事訴訟法の分野においても，問題点の析出，課題の解決に活用されることが期待されることである。現在の司法制度改革が，真の意味で「戦後新憲法下で行われた司法制度改革に比するような」改革になるためにも，戦後の司法制度改革の理念であった市民法的な観点に対比され得るような，「社会における人間」という社会法的な人間像にたって，「条件の平等(Equality of condition)」を追求することの重要性が論じられるべきではなかろうか。さしあたって，法律扶助の根拠論(法律扶助を受ける権利論)，被疑者公選弁護を含む弁護権保障の根拠論など，具体的な論議の場となりうるものと思われる。

(二) なお，現行刑事訴訟法の特色としての「当事者主義」を，黙秘権を保障し，無罪の推定を基本とする，被告人の協力が求められないだけでなく期待もされていない，「当事者主義(アドバーサリー・システム)」と解することには，「被疑者の取り調べ」規定(刑訴法198条)の新設などのある，

現行刑事訴訟法の実際と合致しないのではないかの疑問が出てくるかもしれない。これらの疑問については、別に具体的な検討を持つべきものと思われるが、黙秘権を保障し、無罪の推定を基本とする「アドバーサリイ・システム」(Adversary System)にたつ英米法においても、この間、警察官による被疑者の「尋問(interrogation)」を、「アドバーサリイ・システム」(Adversary System)を堅持しつつその中に取り込むことが、イギリスの論議の中などで行われているという事実を指摘しておきたい<sup>2)</sup>。ここでは、「被疑者の取り調べ」規定(刑訴法198条)の存在やその必要をもって「当事者主義(アドバーサリイ・システム)」を断念するのではなく、その中に「被疑者の取り調べ」規定を位置づける方向が示唆されているとみることができるであろう。

- 1) ここでいう英米法にいう「アドバーサリイ・システム」(Adversary System)としての当事者主義を、弾劾主義と当事者主義に分けることも可能と思われる。その場合の弾劾主義は、刑事訴訟の「構造」のみを説明する概念ではなく、黙秘権と無罪の推定をもった自由な法的主体に対する刑事手続きという性格を含むものとして論じられなければならない。
- 2) op. cit. Satnam Choongh p. 44.